

L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto (*)

Remo Caponi, Università degli Studi di Firenze

SOMMARIO: 1. Divaricazione tra teoria e prassi del processo civile. - 2. Osservatori e rimedi all'inefficienza della giustizia civile. - 3. Esempi europei. - 4. Osservatori e parabola del diritto moderno. - 5. Ruolo centrale della prassi. - 6. Prassi e principio di legalità.

(*) Pubblicato in *Foro italiano*, 2007, V, c. 7 ss.; in *Gli osservatori sulla giustizia civile - Verso nuovi traguardi*, silloge di articoli di L. Breggia, R. Caponi, G. Gilardi, in *Questione giustizia*, 2006, p. 965 ss.; in *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di G. Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2012; in www.osservatoriogiustiziadivilefirenze.it. Questo scritto è altresì alla base della voce *Osservatori sulla giustizia civile*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica*, diretta da S. Patti, vol. X, Il Sole 24 ore, p. 613 ss. Si tratta della relazione introduttiva presentata all'Assemblea nazionale degli osservatori sulla giustizia civile *Prassi e norme tra cultura e diritto*, Firenze, 17-18 giugno 2006. Essa ha offerto successivamente la base a diversi interventi, più recentemente nella presentazione del *Protocollo Lavoro*, Firenze, 28 ottobre 2013. In memoria di C. M. Verardi.

1. *Divaricazione tra teoria e prassi del processo civile*

Nell'attuale momento storico lo iato tra teoria e prassi del processo civile ha assunto dimensioni molto preoccupanti.

Una valutazione comparativa tra la situazione del nostro paese e quella di altri paesi europei attesta che la divaricazione tra la teoria e la prassi del processo civile risulta notevolmente più marcata nell'ordinamento italiano che negli altri ordinamenti europei. Essa è direttamente proporzionale all'inefficienza media della giustizia civile italiana, che dipende in particolare dall'abnorme durata dei processi a cognizione piena.

2. *Osservatori e rimedi all'inefficienza della giustizia civile*

Un primo modo di considerare l'attività degli osservatori sulla giustizia civile è quello di correlarla essenzialmente al tema dei rimedi all'inefficienza della giustizia civile italiana.

Se si segue dapprima questa prospettiva, gli osservatori potrebbero profilarsi come una manifestazione di autonomia collettiva, fondata su un'etica della corresponsabilità, che discende dal riconoscimento di un comune interesse alle sorti della giustizia civile, ed assicurata sul piano normativo dalla libertà costituzionale di associazione. In altri termini, un gruppo di magistrati, avvocati, personale giudiziario e docenti universitari si assume liberamente l'impegno di operare, con iniziative congiunte o coordinate, per tentare di lenire nei limiti del possibile l'inefficienza della giustizia civile in un certo ambito locale.

È indubbio che gli osservatori sulla giustizia civile debbano proporsi, nella attuale situazione italiana, anche l'obiettivo di approntare qualche rimedio all'inefficienza della giustizia civile. Dell'opera degli osservatori in questo campo si avverte anzi sempre di più l'importanza nel momento attuale, caratterizzato da un interventismo del legislatore, cui non sempre si può riconoscere ormai il carattere della ponderatezza¹.

3. *Esempi europei*

L'opera degli osservatori sulla giustizia civile non può essere però integralmente compresa entro l'orizzonte dei rimedi all'inefficienza della giustizia civile italiana.

Attività analoghe a quelle promosse dagli osservatori italiani sono condivise anche da altri ordinamenti europei, che non soffrono dei problemi d'inefficienza della giustizia civile italiana.

Nell'ordinamento francese, molti uffici giudiziari hanno sviluppato la prassi del "contratto di procedura" (*contrat de procédure*), con cui giudici ed avvocati decidono insieme sulla tabella temporale di svolgimento delle attività processuali, sui termini per il compimento degli atti introduttivi e per lo scambio di documenti. Chi ha analizzato questa esperienza constata che il contenuto di questi accordi è molto vario da una sede giudiziaria all'altra, ma in genere presenta molti vantaggi soprattutto per gli avvocati, che conoscono precisamente quando la causa verrà trattata e non sono esposti a sorprese, con notevole risparmio di tempo ed un migliore impiego di energie².

Inoltre, per indicare un secondo esempio, il nuovo campo di attività che alcuni osservatori hanno individuato, quello diretto a promuovere i metodi negoziali di composizione delle controversie, attraverso l'elaborazione di protocolli aventi ad oggetto la fase preprocessuale di scambio di comunicazioni tra avvocati, o anche il raccordo tra la fase introduttiva del processo e lo svolgimento di tentativi di risoluzione della controversia presso organismi di conciliazione, può trovare un significativo termine di paragone nei *pre-action protocols* introdotti dalla riforma del processo civile inglese della fine degli '90, al fine di incoraggiare lo scambio tempestivo di informazioni tra le parti circa le

¹ Sul punto rinvio integralmente a CAPONI, *Per gli osservatori sulla giustizia civile*, *Foro it.*, 2003, V, c. 253.

² Così, FARRAND, in TROCKER, VARANO, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005.

prospettive di un'azione giudiziaria, di consentire loro di evitare l'avvio della causa stipulando un accordo transattivo, nonché di promuovere un'efficiente gestione del processo, qualora esso si riveli inevitabile³.

Infine, la commissione per l'efficacia della giustizia, promossa dal Consiglio d'Europa (CEPEJ), contempla fra le sue iniziative la preparazione di un compendio di prassi giudiziarie virtuose a livello europeo per contrastare il ritardo nella definizione dei processi⁴.

L'opera degli osservatori sulla giustizia civile non è quindi un episodio passeggero nella storia della giustizia civile italiana, ma costituisce un fenomeno che ben si iscrive nelle linee evolutive degli ordinamenti processuali contemporanei.

4. Osservatori e parabola del diritto moderno

Il fondamento e l'attività degli osservatori sulla giustizia civile vengono a toccare, in un modo che è certamente ancora da approfondire, il sistema delle fonti del diritto processuale.

Ciò non significa che tra la valorizzazione delle prassi virtuose in funzione di efficienza e il rispetto del principio di legalità nella disciplina del processo civile si debba innescare una dinamica conflittuale.

Agli albori dei moderni ordinamenti processuali nell'Europa continentale, fra il secolo XVII e il secolo XVIII, legalità ed efficienza della giustizia civile costituiscono un'endiadi. Nell'operazione che conduce lo Stato moderno ad appropriarsi della funzione di rendere giustizia e a rivendicare a sé il monopolio della legislazione in materia processuale, vi è l'aspirazione profondamente sentita a porre rimedio alla degenerazione del processo romano-canonico e ad apprestare certezza alla disciplina del processo.

Questo profondo mutamento della temperie culturale e politica, che segna il progressivo affermarsi dei moderni ordinamenti processuali, relega al margine un'idea di giustizia resa in un processo - l'*ordo iudiciarius* medievale - i cui principi non provengono dalla volontà del legislatore, cioè non sono imposti da un'autorità superiore ed esterna, ma dalle regole della retorica e dell'etica, proprie della stessa comunità cui appartengono i protagonisti della vicenda processuale⁵.

Questa operazione si inserisce in un disegno più vasto, che esprime un tratto saliente dell'esperienza giuridica moderna: mentre l'età medievale era caratterizzata da una "relativa indifferenza del potere politico verso il diritto", che quindi poteva registrare la complessità del sociale e diventare specchio della società in tutte le sue articolazioni⁶, la storia giuridica dell'Europa continentale conosce alla fine del Settecento una vera e propria svolta, con la puntigliosa realizzazione di un monopolio del diritto da parte dei detentori del potere politico, e quindi dello Stato nazionale: "La legge perde quel duplice carattere tomista di ordinamento e di atto razionale (che apparivano ormai insensate limitazioni alla potestà del Sovrano), è atto di volontà, è atto di imperio, è comando. Il diritto si vede ridotto al rango di strumento di controllo sociale, diventando un artificio, una creazione del titolare della sovranità"⁷.

Il monopolio delle fonti del diritto fondate sull'autorità politica, fondate "sull'idea che il legislatore crei il diritto, partendo da un programma politico che con esso ci si propone di attuare e di imporre", conduce pertanto ad una corrispondente svalutazione delle fonti culturali, fondate "sull'idea che

³ Cfr. le relative istruzioni pratiche (*pratique directions protocols*) rinvenibili nel sito Internet del *Department for Constitutional Affairs*: www.dca.gov.uk.

⁴ Cfr. gli esiti dell'incontro di Bucarest del 3-4 aprile 2006 della *task force* della CEPEJ, rinvenibili sul sito Internet del Consiglio d'Europa.

⁵ Su questa temperie culturale e politica si possono vedere le ricerche di Alessandro GIULIANI, tra cui: *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: 'nuova retorica' e teoria del processo*, *Sociologia del diritto*, 1986, p. 81 ss.

⁶ Così, GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995, p. 41 ss.

⁷ Così, GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005, p. 16.

il giudice (o il giurista in genere) trovi il diritto, mediante una ricerca svolta essenzialmente mediante l'uso della ragione"⁸.

A questa svolta il positivismo giuridico offre tempestivamente un vasto corredo teorico-concettuale: la legge doveva essere tutto il diritto, il testo della legge doveva recare con sé in modo compiuto il proprio significato, che si prestava solo ad essere "esattamente osservato" dai suoi destinatari⁹.

Con la storia giuridica del XX secolo, i contorni di questo paesaggio mutano sensibilmente: quest'ultima "può infatti essere osservata e compresa come un confronto continuo e progrediente del diritto con le realtà circostanti, come una riscoperta della complessità all'interno del giuridico, con il consequenziale cedimento di vecchi valori (o pretesi tali)"¹⁰. Una riflessione già matura su questo processo ci è offerta dalla dottrina di Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici¹¹.

Il processo si accelera dopo la seconda guerra mondiale. Si sviluppano molteplici gradi di legalità: oltre a quella ordinaria, si stagliano quella costituzionale e quella sovranazionale, il cui rispetto è affidato al controllo di corti giudiziarie. Sempre più frequentemente i rapporti sociali ed economici sono connotati da una dimensione transnazionale, e di conseguenza acquistano maggiore importanza le fonti della loro disciplina, prive del connotato della nazionalità. Al termine di questo percorso, "la genesi del diritto sembra ritrovare le vecchie matrici plurali e pluralistiche della nostra tradizione preilluministica e prerivoluzionaria"¹².

Questi sviluppi fanno da sfondo e promuovono quella rinnovata riflessione tra norma e interpretazione, che si presta ad offrire un solido fondamento teorico all'opera degli osservatori sulla giustizia civile.

Ci si riferisce all'approdo ermeneutico della scienza giuridica¹³, a quell'approccio che consiste "nel non separare il momento della produzione della norma dal momento della interpretazione/applicazione, nel ritenere quest'ultima non la spiegazione di un testo concluso e indisponibile ma l'intermediazione necessaria e vitale fra la proposizione astratta della norma e la ineludibile concretezza storica che l'interprete ha di fronte"¹⁴.

Dinanzi alla constatazione che non è possibile isolare la conoscenza teorica del significato di un testo normativo rispetto alla sua applicazione al caso concreto, si rivela pienamente il ruolo incisivo che ha la prassi sul divenire dell'esperienza giuridica.

5. Ruolo centrale della prassi

A questo patrimonio di nuove acquisizioni concettuali si alimenta l'esperienza degli osservatori sulla giustizia civile.

Ovviamente, la consapevolezza del ruolo centrale che le prassi giudiziarie rivestono nell'assetto del processo civile matura sul piano dottrinale ben prima della nascita del movimento degli osservatori. Nella prima delle sue conferenze tenute a Città del Messico nel 1952 e pubblicate in Italia nel volume "Processo e democrazia", Piero Calamandrei scriveva per esempio: "in realtà ciò che plasma il processo, ciò che gli dà la sua fisionomia tipica non è la legge processuale, ma è il costume di chi la mette in pratica. Il diritto scritto non è che un contorno esterno, entro il quale il rilievo, coi colori ed i chiaroscuri, è dato dal costume. [...] Ogni 'procedimento' ha questa caratteristica: che, per quanto

⁸ Così, PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005, p. 41.

⁹ Esatta osservanza: si impiega consapevolmente questa formula dell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario, che, nel descrivere le attribuzioni della Corte suprema di cassazione, porta con sé una traccia profonda di quella concezione.

¹⁰ Cfr. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano, XXX (2001), p. 493 ss., p. 499.

¹¹ Cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917), seconda ed., Firenze, 1945.

¹² Così, GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione*, cit., p. 501.

¹³ Cfr. VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Bari, 1999, p. 422.

¹⁴ Così, GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione*, cit., p. 502.

siano minuziose le norme che disciplinano il suo svolgimento, le attività che lo compongono non possono mai essere previste in maniera così rigorosa da non lasciare un certo margine all'iniziativa e alla discrezione personale di chi è chiamato a compierle"¹⁵.

La medesima considerazione è sottesa alla massima attribuita a Virgilio Andrioli, che Andrea Proto Pisani ha avuto occasione di ripetere sempre più frequentemente nel corso degli ultimi anni: non è mai esistita legge processuale così buona da impedire l'affermarsi nella prassi di un cattivo processo, né legge processuale tanto cattiva da impedire l'affermarsi nella prassi di un buon processo.

L'identica consapevolezza dell'importanza della prassi promuove infine la nascita del movimento degli osservatori, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del processo civile del 1990, quando "avvocati, magistrati, professori universitari, operatori di cancelleria, hanno condiviso l'idea che l'efficienza della giustizia civile è questione che riguarda solo in parte la disciplina processuale; riguarda, invece, le concrete prassi operative; che tra le regole processuali generali ed astratte e il potere del singolo giudice di dirigere il processo esistono spazi che possono e devono essere colmati con il contributo di ciascuno degli operatori del diritto"¹⁶.

Qual è dunque la novità del movimento degli osservatori? Anticipando la conclusione del discorso, mi sembra che essa consista nell'aver attribuito alla considerazione della prassi un profilo istituzionale, laddove il termine 'istituzione' è inteso in un'accezione pregnante: quella intorno alla quale Santi Romano erige nel 1917 la sua dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici¹⁷.

6. Prassi e principio di legalità

Innanzitutto, che cos'è la prassi? Tra le varie definizioni che si contendono il campo, una si rivela preferibile, in quanto sufficientemente ampia, ma non indeterminata. È quella proposta da Jacques Ghestin nella sua relazione di sintesi al congresso internazionale sul "Ruolo della pratica nella formazione del diritto", tenutosi nel 1983 a Losanna per iniziativa della Associazione H. Capitant. Egli definisce la prassi come "insieme di comportamenti giuridicamente rilevanti osservati da un gruppo sociale coerente" e conclude la sua relazione sostenendo che la prassi è indispensabile nella formazione del diritto, ma essa deve rimanere subordinata alla legge¹⁸.

Questa definizione, insieme alla conclusione cui approda Ghestin, possono costituire una buona base di partenza per cogliere il ruolo che riveste lo studio della prassi giudiziaria nella esperienza degli osservatori. In questo caso il gruppo sociale coerente è costituito dalla comunità dei giuristi (magistrati, avvocati, personale giudiziario), che integrano l'istituzione di un determinato ufficio giudiziario (nel senso della dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici).

Al centro dell'interesse degli osservatori non vi sono le prassi giudiziarie in sé e per sé considerate, bensì nella prospettiva che si possa e si debba incidere su di esse per promuovere la qualità della giustizia civile. Pertanto il discorso può essere convenientemente delimitato alla 'codificazione' di prassi autoregolamentate e condivise, orientate nel loro complesso alla conseguenza di promuovere efficienza nella gestione del processo (i 'protocolli').

Essi hanno un contenuto composito, che spazia dalla concretizzazione di norme processuali elastiche, come l'art. 175, comma 1 c.p.c. e l'art. 121 c.p.c., alla fissazione di varianti interpretative o applicative di norme processuali rigide, come quella che disciplina il contenuto della prima udienza del processo (art. 183 c.p.c.), alla codificazione di opportune regole di costume giudiziario, come quelle che impegnano i difensori a comunicare tempestivamente al giudice l'avvenuta transazione stragiudiziale della controversia, a consegnare al giudice copia della giurisprudenza di merito citata

¹⁵ Così, CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 35 s., p. 38.

¹⁶ Cfr. COSTANTINO, *Un protocollo romano per la gestione delle udienze civili. A) Presentazione*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 251.

¹⁷ Cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917), cit., p. 23, p. 29 ss.

¹⁸ Così, GHESTIN, *Rapport de synthese*, in *Le role de la pratique dans la formation du droit*, Paris, 1985, p. 3, p. 17.

negli scritti difensivi o nella discussione orale, a consegnare al giudice del primo grado copia della sentenza emessa dal giudice di appello e dalla Corte di cassazione¹⁹.

Quanto alla efficacia delle norme contenute nei protocolli, essa non ha carattere vincolante, bensì meramente persuasiva, ma ciò non esclude la possibilità di qualificarle come norme giuridiche, se si accetta l'impostazione secondo la quale il diritto si caratterizza per il fatto di "consistere nella creazione di un complesso di 'norme' destinate ad operare nell'ambito della struttura sociale di una comunità e nel conferire ai precetti che esse esprimono una particolare 'efficacia', la quale le rende più o meno strettamente 'vincolanti' (quando il vincolo è più tenue, si parla di efficacia 'persuasiva' delle norme)"²⁰.

La constatazione del carattere composito del contenuto dei protocolli, unita allo spirito di un tempo che ha segnato – anche sul piano dell'esperienza del diritto processuale - il definitivo superamento della classica concezione del positivismo giuridico, induce a profilare il nesso di subordinazione dei protocolli alla legge processuale in modo essenzialmente diverso da quello, asfittico, disciplinato dagli artt. 1 e 8 delle Preleggi rispetto agli usi.

Comune ai magistrati, avvocati, al personale giudiziario e ai docenti universitari che partecipano agli osservatori è certamente la riaffermazione del valore delle garanzie costituzionali e del principio di legalità nella disciplina processuale. Gli osservatori valorizzano le prassi virtuose, evidentemente non contro la legge e contro le garanzie costituzionali, bensì negli spazi che la legge processuale lascia fisiologicamente a disposizione. Questi spazi possono essere colti e sfruttati con grande nettezza e consapevolezza teorica, oltre che dall'approccio ermeneutico, da tecniche interpretative relativamente recenti come l'interpretazione orientata alle conseguenze, riferita cioè alle implicazioni pratiche che l'interpretazione ipotizzata presumibilmente produrrebbe all'esterno del sistema giuridico, nella realtà sociale²¹.

L'elaborazione di prassi autoregolamentate e condivise non intende intaccare quindi l'enorme merito che storicamente ha avuto nella disciplina del processo l'affermazione del principio di legalità, la fissazione di una normativa ad opera di una fonte superiore ed esterna rispetto ai protagonisti della vicenda processuale, come strumento principe per combattere l'inefficienza del processo e per aspirare a conferire certezza alle garanzie delle parti.

Oggi tuttavia la riaffermazione del principio di legalità, pur fondamentale, da sola non è più sufficiente.

In primo luogo, il richiamo ai valori della Costituzione attesta che la legge può pretendere osservanza non tanto se si profila come comando autoritativo, emanato al termine di un procedimento capace di accogliere qualsiasi contenuto, quanto se essa risponde al canone della ragionevolezza (oltre che rispettare i valori costituzionali più specifici).

In secondo luogo, se comune è la consapevolezza che anche la prassi più virtuosa non può legittimarsi solo sulla base del suo essere opportuna, ma deve giustificarsi sulla base della sua congruenza con il sistema normativo processuale, altrettanto comune è la convinzione che tale sistema non è chiuso nella propria autoreferenzialità normativa, ma è disposto ad apprendere dall'ambiente circostante. E se si tratta di un ambiente così ricco di buone ragioni potenzialmente universalizzabili, come quello degli osservatori sulla giustizia civile, l'arricchimento del sistema processuale non può essere che notevole.

In sintesi, il principio di legalità della disciplina processuale è riaffermato in un contesto culturale profondamente mutato rispetto a quello ottocentesco. Un contesto nel quale l'interprete teorico e l'operatore pratico del diritto si sono definitivamente liberati dai panni striminziti dell'esegeta, per assumere quelli del coproduttore ed intermediatore di senso delle norme processuali, all'interno di un sistema legale che è come un "polmone aperto sull'esperienza".

¹⁹ Cfr. rispettivamente gli artt. 38, 39, 40 del Protocollo per le udienze civili del Tribunale di Firenze.

²⁰ Così, PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, seconda ed., Milano, 1998, p. 6.

²¹ MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 91 ss.